

Prueba. Proceso sucesorio. Testamento. Nulidad. Personas físicas. Capacidad. Derecho Notarial. Instrumentos públicos. Escritura pública *

Doctrina:

- 1) *Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda de nulidad de testamento pues no resulta suficiente, a los efectos de probar que el causante padecía de una mudez absoluta e inhabilitante para testar, la mera constancia dejada por el propio escribano en el instrumento público.*
- 2) *No afirmó el notario que el estado o situación de mudez que afectaba al testador le impidió exte-*

rriorizar verbalmente su voluntad y la ratificación de sus disposiciones, sino que dejó constancia de la situación del causante y la indicación de la causa de la afectación en relación con los recaudos escriturarios adoptados para preservar la validez del acto.

Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Junín, septiembre 13 de 2007. Autos: “Tellería, Juan J. c/ Pizarro, María A. s/ nulidad de testamento”.

Junín, 13 de septiembre de 2007.

A la primera cuestión, el Dr. *Guardiola* dijo:

I. En la sentencia dictada a fs. 487/501 se rechaza la demanda que por nulidad del testamento otorgado por José I. Tellería por acto público cuya copia auténtica corre agregada a fs. 9/11 entablaron Gastón G. y Juan J. Tellería contra los herederos instituidos María A. Pizarro, Víctor B. Iparraguirre y Carlos

* Publicado en IJ-XXI-748.

M. Boccio y el escribano autorizante R. D. B. Impone las costas a los actores vencidos y difiere la regulación de honorarios profesionales.

Luego de fijar como hechos controvertidos el estado de salud psicofísico del causante al momento de testar y si era, o no, mudo y efectuar un exhaustivo análisis de los elementos de la causa, la Sra. Jueza concluye que si bien luego de la traqueotomía que se le practicó se encontraba en especiales condiciones físicas por la cánula que se le había colocado “no padecía mudéz en un sentido incapacitante o de impedimento para tomar decisiones, con la posibilidad de expresarse con dificultad pero pudiéndose hacer entender, además de conservar su lucidez y de comprender sus actos”. En lo atinente al planteo con fundamento en la forma del acto se detiene en los alcances del art. 3651 en coordinación con lo prescripto por el art. 3656 del Código Civil, sostiene que la mudéz referida no afecta “su validez, conforme el sentido de incapacidad específica otorgado por la norma contenida en el art. 3651, en el contexto que surge del mismo acto jurídico en cuestión”, ya que “no implicaba una pérdida absoluta en su posibilidad de expresarse”.

Agrega que la constancia de mudéz por el escribano “no ha sido para invalidar sino para resguardar el acto, ya que del mismo surge su motivación proveniente de la intervención de laringe y los recaudos formales adoptados, cumplidos y explicados con motivo de ello, no resultando la transcripción de dicho término por sí mismo en el caso un motivo de nulidad del acto, ni resulta manifiesta al no implicar la presencia de un vicio patente, ya que ha requerido investigación sobre su real presencia, la que a su vez no ha sido comprobada en ese sentido”.

Apeló la parte actora a fs. 504, fundando su recurso a fs. 529/536. Se agravia de que el fallo se haya entretenido en la investigación de cuestiones de hecho como la salud psicofísica del testador cuando el planteo se refirió a la inobservancia de formalidades sustanciales del testamento determinantes de su nulidad en razón de lo dispuesto por los arts. 3651, 3632, 3620 y 3627 del Código Civil. Descalifica la prueba valorada en cuanto a que la mudéz del causante no fuera absoluta al momento de testar, argumentando que la existencia material de ese estado fue verificada o pasó en presencia del escribano, quien dejó expresa constancia de ello, haciendo en consecuencia plena fe hasta redargución de falsedad no intentada (art. 993 del Código Civil). Considera que nada aporta y es inocua la referencia a que ella era consecuencia de una intervención quirúrgica.

En consecuencia, los arts. 3620 y 3651 del Código Civil, y más allá de la valoración que merezca este último precepto conforme jurisprudencia y doctrina que cita, fulminan de nulidad el acto. Por último cuestiona la imposición de costas, entendiendo que a todo evento existen razones para hacer operativa la segunda parte del art. 68 del ritual, imponiéndolas por su orden.

Las réplicas del apoderado de los herederos y del escribano obran a fs. 541/546 y 549/553 respectivamente. Resisten la impugnación, haciendo ambos hincapié en la conclusión pericial según la cual “al obstruir el ostoma traqueal se logra una comunicación oral, pobre pero suficiente” y dichos de

los testigos, en virtud de los cuales Tellería no era mudo en el término médico-científico de la palabra. También señalan que a pesar de que ahora se desdican del cuestionamiento formulado, ha quedado demostrado que antes, durante y después el testador tenía el pleno uso y goce de sus facultades mentales e intelectuales.

El notario, por su parte, destaca la incidencia del art. 3656 conforme opiniones doctrinarias y el fallo de la SCBA 67842, que fuera apreciada por la sentenciante de grado, en cuanto a la entrega de las disposiciones en mano recabado por seriedad profesional con el único objetivo de descartar cualquier error de interpretación dadas las mencionadas dificultades de expresión. Puntualiza que según la jurisprudencia que la misma contraria cita, tan inocua como la aseveración del escribano relacionada con las facultades mentales del testador sería su afirmación de mudez, toda vez que carece de los suficientes conocimientos médicos y alcances científicos de la palabra.

Oído que fue el Sr. Fiscal de Cámara y firme el llamado de autos para sentencia de fs. 554, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas (art. 263 del C. P. C. C.).

II. No obstante que la materia de recurso ha quedado circunscripta a la cuestión de la mudez como vicio nulificante en función de lo dispuesto por el art. 3651 del Código Civil y en este sentido es inconducente o superflua la crítica que se formula al fallo porque según se sostiene se “entretuvo” innecesariamente en las aptitudes psicofísicas del testador en cuanto lucidez y comprensión del acto, no quiero pasar por alto que la misma también resulta injustificada. Es que si bien en esta oportunidad el apoderado de los actores ha sido bien preciso en su planteo, la ambigüedad –ya en forma involuntaria o deliberada– del relato de los hechos fundantes de su pretensión en la demanda (en especial el 2º párrafo del punto 2 de fs. 13), aunada a lo resultante de la audiencia celebrada para determinar los hechos controvertidos y depurar las pruebas ofrecidas (fs. 217 y 230 vta.), hizo más que procedente su abordaje (art. 163, incs. 3, 4 y 6 C. P. C. C.).

Ello no fue para eludir el tema que ahora se delimita como único cimiento del reclamo, como lo demuestran las pormenorizadas consideraciones probatorias y legales que dieron razón a la decisión, que anticipo he de compartir, sino en estricta observancia al principio de congruencia para dar acabada respuesta y satisfacción a los justiciables. Es decir, esa presunta demasía, que como dije no fue tal o en todo caso fue provocada, lejos ha estado de encubrir o disfrazar un vicio real por defecto del pronunciamiento.

Aclarado eso, vale la pena señalar que la crítica a la norma de incapacidad específica o prohibición a los mudos, sordos y sordomudos de testar por acto notarial o abierto cuya aplicación a rajatabla se postula, es unánime.

Así, particularmente en lo que hace a los mudos, y para citar sólo a algunos de nuestros doctrinarios, expresan Segovia (*Código Civil*, t. II, 1933, nota 61 pág. 604) que “El legislador habría sido más justo y lógico siguiendo el camino claramente trazado por el art. 1001 (el actual 1000)”, Prayones (*Derecho de Sucesión*, año 1957, pág. 363) “Esta disposición legal ha sido justamente criticada.

Si saben leer y escribir, es decir darse a entender ¿por qué no permitirles testar por acto público?”, Borda (*Sucesiones*, t. II, N° 1186, pág. 237) que “no tiene sentido”, Pérez Lasala (*Derecho de Sucesiones*, t. II, Parte especial, N° 217, pág. 338) que “Esta incapacidad obedece a un evidente error del codificador”, Graciela Medina (www.GracielaMedina.com) “carece de razón de ser en nuestro derecho donde no se requiere que el causante dicte el testamento, ya que puede entregar sus instrucciones por escrito conforme lo dispuesto por el art. 3656 del mismo cuerpo legal”, Maffía (*Manual de Derecho Sucesorio*, t. II, pág. 204) “resulta injustificada y solo se debe a que Vélez siguió literalmente las disposiciones del derecho francés, donde el testamento debe ineludiblemente dictarse al escribano”, Zannoni (*Derecho de las sucesiones*, t. II, N° 1.141, pág. 339) “La consagración de la incapacidad del mudo, es pues, un anacronismo”, De Gásperi (*Tratado de derecho hereditario*, t. III, año 1953, N° 418, págs. 290/292) “Atribúyese a mera inobservancia del codificador la inhabilitación [...] Si el artículo 3656 no fuera suficiente a evidenciar el descuido del codificador, la nota que lo aclara patentiza la certeza de su desatención [...] No armoniza, además, esta incapacidad con lo dispuesto por los arts. 3668 y 3669 [...] Es una inadvertencia la del art. 3951, tanto más deplorable cuanto que priva en muchos casos, en que la redacción de un testamento ológrafo es difícil, la de otorgarlo ante oficial público, con la seguridad que por este medio se obtiene (art. 2243 Cód. alemán)”, Bibiloni (*Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, t. IV, año 1931, págs. 447/8) “No existe razón alguna para prohibir a los sordos o mudos, disponer su última voluntad por testamento público. Y es contradictorio con el sistema del Código. Justamente se les impide hacer lo que a todos se permite, y esto cuando los exceptuados carecen de otro modo de expresión de su voluntad por testamento público. No armoniza además, esta incapacidad con lo dispuesto por los arts. 3668 y 3669 [...] Si puede declarar por escrito cosa tan esencial ¿por qué no puede disponer por escrito que entrega al notario?” y Machado (*Exposición y comentario del Código Civil*, t. IX, año 1922, N° 1003 y nota pág. 539) es “manifiesta la incongruencia” con los arts. 3656 y 3668, sugiriendo que “en caso de una reforma sería conveniente quitar la prohibición”.

En el mismo sentido se pronuncian Ferrer (en *Código Civil Anotado* de Llambías-Méndez Costa, t. V-C, pág. 241); Mariani de Vidal (en *Código Civil* de Bueres-Highton, t. 6-A, pág. 845); Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister (*Derecho Sucesorio*, t. III, pág. 54); Fassi (*Tratado de los testamentos*, t. I, N° 242, pág. 173), etcétera.

Las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en octubre de 1995 en Mar del Plata, como conclusiones de la Comisión 6 que se ocupó del tema actualización y flexibilización de la sucesión testamentaria, en el punto V-b (acerca de las formalidades de los testamentos –por acto público–) aprobó *de lege ferenda* la siguiente recomendación: “Derogar la incapacidad del sordo, del mudo y del sordomudo que saben leer y escribir respecto a la posibilidad de otorgar testamento por acto público. En estos supuestos el escribano dará a leer al testador el correspondiente instrumento” (JA 1996-I-931; Lexis N° 0003/001519). Todos los proyectos de reforma, incluido el de 1998, suprimen

esta incapacidad especial. Recientemente se han presentado proyectos de reforma del artículo en cuestión eliminando esta prohibición (HCDN N° de expediente 4219-D-2006 trámite parlamentario 100 [01/08/06] del Dip. Raúl P. Solanas y N° de expediente 0399-D-2006 trámite parlamentario 6 [08/03/06] de los Dip. Patricia E. Panzoni y Juan E. Acuña Kunz).

Existiendo tal consenso, estimo factible sostener *de lege lata*, a diferencia del criterio seguido para el caso de sordera por la Cámara de San Isidro en el fallo invocado (CC0002 SI 95116 RSD-306-4 S 14/12/04 JUBA B1751111) una interpretación restrictiva, integradora y hasta correctora de esta incapacidad por mudez, que superando la letra del precepto más allá de su claridad, le dé un sentido acorde con su espíritu o finalidad y, dada la conexión interno-sistemática que tienen las normas de un mismo cuerpo legal, en función de lo dispuesto por los arts. 3606, 3624, 3656 y 3668, salvo contradicciones con estas disposiciones ajustándose a los intereses y valoraciones en juego (Rivera, *Parte General*, t. I, págs. 163 y ss; Borda, *Parte General*, t. I., págs. 208 y ss; Recasens Siches, *Enciclopedia Jurídica OMEBA*, t. XVI, págs. 534 y ss). Tal hermenéutica se encuentra favorecida por los principios y objetivos trazados en la “Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad”, suscripta en Guatemala, el 08/06/99 y aprobada por ley N° 25.280 (arts. 1 y 3, inc. 1) y por las reglas de interpretación de incapacidad, libertad de elección de las formas y principio *favor testamenti*, siendo de destacar en relación con este último que “En caso de duda de si un defecto formal es o no causa de nulidad del testamento debe estarse a la solución favorable a la validez del acto (Borda)” –Ferrer en ob. cit., pág. 191–.

Con esta postura Goyena Copello (*Tratado del Derecho de Sucesión*, ed. fedye, t. II, pág. 44) dice: “... a poco que andemos podremos ver que podría darse el caso de una persona que siendo muda supiera escribir y diera sus instrucciones por escrito (art. 3656 cit.), en cuyo caso bastaría con que luego oyese la lectura y firmase, sin necesidad de expresarse de ningún otro modo [...] y conforme a lo que dijéramos, y en la posibilidad de dar sus instrucciones por escrito, a pesar de esta nota (se refiere a la del art. 3624) consideramos que el mudo que da sus instrucciones por escrito, puede testar por acto público”. Insinúan también esta solución Cifuentes-Sagarna (*Código Civil*, La Ley, t. IV, pág. 355), en el siguiente comentario: “Pero no obstante su estricta aplicación, la doctrina ha sostenido que respecto del último de los supuestos señalados (el del mudo) resulta contradictoria la solución de la norma con el art. 3656, el que autoriza al testador a entregar ya escrito el testamento al escribano, evitando así la obligación de tener que escucharlo como requisito de validez del acto” y la resolución de la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires., publicada en *Revista Notarial* N° 934, pág. 791, en el siguiente tramo de sus considerandos: “Que en el caso del testamento por acto público, el Código exige que el testador pueda hablar y que pueda oír, desde que prohíbe testar al mudo y al sordo (art. 3651 del Código Civil). A este último porque no podrá oír al notario su lectura obligatoria (art. 3658 del Código Civil) y al primero, porque no podrá dictar sus

disposiciones; aunque su situación podría contemplarse, desde que podría entregar al notario dichas disposiciones por escrito, pero tendría que poder escribir (art. 3656 del Código Civil)”.

De aceptarse tal tesis, nos pondríamos a resguardo de la severa advertencia que formulara Fornieles (*Tratado de las sucesiones*, año 1950, t. II, pág. 226): “El mal procede en parte de la ley, pero mucho más de la jurisprudencia, que se ha mostrado incomprensiva y atrasada, lo que se comprueba con la lectura de multitud de fallos donde se consagran nulidades que importan verdaderos despojos. La voluntad del testador y la seguridad de que es la misma que trasunta el acto impugnado no cuenta para nada; lo que decide es el rito. Se crea así un derecho ficticio, alejado de la vida, contra el que protesta el buen sentido”.

Empero, aun de no compartirse la misma en cuanto a los alcances generales para todos los supuestos de mudez y soslayando la falta de crítica actoral concreta al argumento también esencial de entrega de la minuta de las disposiciones por parte del testador en que se apoya la decisión (doctr. arts. 1000 y 3656 del Código Civil; Orelle en *Código Civil* de Belluscio-Zannoni, t. IV, págs. 582/4), en el caso concreto que nos ocupa siguiendo por el andarivel que recorre la sentenciante en su juicio arribamos a igual destino desestimatorio de la nulidad alegada.

En efecto, tal como resulta de la prueba rendida no ha quedado demostrado que José I. Tellería padeciera de una mudez subsumible en el marco inhabilitante de la norma, la que debe ser absoluta, es decir imposibilitar toda comunicación oral, tal como se ha encargado de puntualizar la jurisprudencia respecto de la sordera (Cám. Civ. 1ª Capital, 06/06/31, JA 36-108; Cám. Civ. y Com. Rosario, Sala III, 08/11/40, LL 20-672).

Se aferra la recurrente a la constancia dejada por el notario, pretendiendo asignarle plena fe probatoria e incontrovertible en este proceso en virtud de lo dispuesto por el art. 993 del Código como hecho material pasado ante su presencia, al tratarse de una situación alcanzada por la percepción sensorial del fedatario.

En primer lugar, tanto gramatical como contextualmente, el escribano no ha afirmado que el estado o situación de mudez que afectaba al testador le impidió exteriorizar verbalmente su voluntad y la ratificación de sus disposiciones. Que le impidiese dictar, dificultara o entorpeciera la comunicación no traduce que estuviese vedada totalmente el habla a los fines estrictamente necesarios de dar su conformidad (en el instrumento se dice “quien ratificó su contenido”). El haber dejado constancia de esa circunstancia y la indicación de la causa de la afección deben ser entendidos en relación con los recaudos escriturarios precisamente adoptados para preservar la validez del acto, en cuanto traducción literal y fiel reflejo de su decisión y no como una admisión de la incapacidad que en principio obstaba a su otorgamiento, la que por su profesionalidad y función no podía razonablemente desconocer.

En segundo término, independientemente de lo dicho, “Ciertas apreciaciones del oficial público no están alcanzadas por el beneficio de la plena fe, como serían las enunciaciones accesorias [...] en tanto ellas constituyen apreciacio-

nes personales que pueden ser desvirtuadas por simple prueba en contrario” (Fissore en *Código Civil Comentado* de Rivera-Medina, Ed., Rubinzal Culzoni, pág. 541). Así Pelosi, citado por Orelle en la obra citada, págs. 550/551, “denomina a esta clase de declaraciones del oficial público actos propios del mundo interior, y los define como razonamientos sobre hechos o sobre derechos que como todo juicio humano, aun en lo científico, pueden apartarse de lo verdadero. Ejemplo de esta clase de afirmaciones: juicio sobre capacidad de los otorgantes. También las denominadas calificaciones. Pelosi dice que el ejercicio profesional está absorbido por una densa cantidad de actividades de juicio sin las cuales quedaría privado de su más trascendente dimensión. El oficial público, y más precisamente el escribano público, no pueden dar fe de un acto o contrato sin emitir juicio sobre la capacidad de los contratantes [...] Estudiando a fondo el asunto, se llega a la convicción de que el fundamento para conferir plena fe a esta clase de menciones no radica en la percepción del oficial, sino en las necesidades del tráfico jurídico e inclusive el debido amparo a la seguridad jurídica.

“Por ello, en esta especial situación, no es contradictorio afirmar que por gozar de plena fe la impugnación de estas afirmaciones no requiere argución de falsedad, sino simple prueba en contrario. Estas afirmaciones son válidas o ineficaces, o simplemente exactas o erróneas, pero nunca susceptibles de ingresar en la estimativa de la falsedad”.

Siendo ello así, ante lo resultante según las reglas de la sana crítica (art. 384 del C. P. C. C.), de la pericia médica de fs. 451 y 461, HC fs. 446 y 447, poder de fecha 14/10/02 de fs. 65 (“y Dice”) y declaraciones testimoniales rendidas a fs. 352 del médico Bayón (“se podía expresar [...] habla con dificultad pero en este caso particular, podía emitir sonidos de voz porque sus cuerdas vocales estaban normales”) y Losinno de fs. 302 (“con dificultad”), puede concluirse que el causante no encuadraba en la inhabilitación normativa fundamento de la acción nulificante.

Despejada la cuestión de fondo, respecto de la cual en consecuencia de lo expuesto propicio se confirme lo resuelto en la instancia de origen, con relación al segundo tema de agravio, esto es el accesorio de costas, considero que el recurso debe ser atendido.

Es que siendo una cuestión dudosa tanto de derecho como de hecho en algunos de sus aspectos, que pudo razonablemente hacer considerar a los actores legítima su impugnación y el ejercicio de la acción, entiendo operativa la previsión de los arts. 68, segunda parte, y 69 del C. P. C. C., para postular que las costas de ambas instancias se impongan en el orden causado.

Así lo voto.

A la misma primera cuestión, el Dr. *Rizzo*, dijo:

Comparto en lo sustancial, totalmente el voto del distinguido colega Dr. *Guardiola*.

Mi disidencia lo es solo respecto a la imposición de las costas de ambas instancias por su orden. De los mismos fundamentos del voto surge claro para mí que no estamos frente a una cuestión dudosa de hecho excusable, ni de de-

recho, cambio de doctrina, existencia de copiosa jurisprudencia contradictoria que pudieran haber legitimado a los actores a ejercer su acción en razón de la índole de la cuestión propuesta y las dificultades que el caso presenta, tanto en el aspecto fáctico como en el jurídico (CSJN, 30/03/82. Fallos 304-434), que pudieran haber alentado una cierta expectativa en atención al precedente en que apoyaron su pretensión y dar mérito suficiente para eximirlos con carácter excepcional de las costas como vencidos (SCBA 12/06/79, LL 1979-C-215). La cuestión no es, en principio, dudosa desde su perspectiva, por lo que considero corresponde de conformidad con el ordenamiento en vigencia que consagra como fundamento de la condena el hecho objetivo de la derrota, prescindiendo de buena o mala fe y de todo factor subjetivo, con respecto a quien resulte obligado al pago, sean impuestas las mismas a la parte actora perdedora en ambas instancias (art. 68 y 274 del C. P. C. C.).

Tal es mi voto.

También a la misma primera cuestión, la Dra. *Rinaldi* dijo:

Adhiero al voto del juez votante en primer término Dr. *Guardiola*, excepto en lo relativo a la imposición de costas, compartiendo el criterio expuesto sobre tal cuestión por el Dr. *Rizzo*.

Así voto.

A la segunda cuestión, el Dr. *Guardiola* dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –artículos 168 de la Constitución provincial y 272 del C. P. C. C.–, corresponde:

POR UNANIMIDAD:

I. CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto al rechazo de la acción entablada.

POR MAYORÍA:

II. Imponer las costas de ambas instancias a la actora.

Difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley N° 8.904).

Así lo voto.

Los señores jueces Dres. *Rizzo* y *Rinaldi*, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso –arts. 168 de la Constitución provincial y 272 del C. P. C. C.–, **SE RESUELVE:**

POR UNANIMIDAD:

I. CONFIRMAR la sentencia apelada en cuanto al rechazo de la acción entablada.

POR MAYORÍA:

II. Imponer las costas de ambas instancias a la actora.

Difiriéndose la regulación de honorarios profesionales para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley N° 8.904).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse al Juzgado de origen.

Juan J. Guardiola — Domingo V. Rizzo — Atilia S. Rinaldi.